

ZH_OBERGERICHT SB200487 vom 3. Dezember 2021

ZH Obergericht, 2021-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200487

FR: ZH_OBERGERICHT SB200487 du 3 décembre 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB200487 del 3 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des Berufungsverfahrens Mit Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 1. Abteilung, vom 19. August 2020 wurden die Beschuldigten freigesprochen, die Rückerstattung der Barkaution an den Beschuldigten B. _____ angeordnet, über die Verwendung beschlagnahmter Gegenstände entschieden und über die Kosten- und Entschädigungsfolgen befunden (Urk. 106). Gegen das vorinstanzliche Urteil hat die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich mit Eingabe vom 28. September 2020 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 100) und mit Eingabe vom 9. Dezember 2020 die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 109). Sie beantragt Schuldigsprechung der beiden Beschuldigten im Sinne der Anklage und Bestrafung gemäss den vor Vorinstanz gestellten Anträgen (für beide Beschuldigte je 16 Monate Freiheitsstrafe bedingt unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren). Innert der mit Präsidialverfügung vom 14. Dezember 2020 angesetzten Frist erhob der Beschuldigte A. _____ mit Eingabe vom 28. Dezember 2020 Anschlussberufung. Er beantragt die Aufhebung von Dispositiv-Ziffern 5 bis 8 des vorinstanzlichen Urteils, Übernahme der Kosten auf die Staatskasse und Zuspreechung einer Entschädigung für erstandene Haft und sowie einer Prozessentschädigung für die Anwaltskosten im Zusammenhang mit dem Vorverfahren und dem vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 113). Der Beschuldigte B. _____ erhob ebenfalls fristgerecht mit Eingabe vom 29. Dezember 2020 Anschlussberufung (Urk. 114). Er beantragt, in Aufhebung von Dispositiv-Ziffern 5-7 und 9 des vorinstanzlichen Urteils seien die gesamten Kosten auf die Staatskasse zu nehmen, es sei ihm eine Genugtuung für unschuldig erlittene Haft von Fr. 6'500.-, eine Entschädigung für infolge Haft entgangene Einkünfte im Betrage von Fr. 10'000.- sowie eine Prozessentschädigung von Fr. 68'940.65 zuzusprechen, der Privatklägerin SECO

- 13 - sei keine Prozessentschädigung zuzusprechen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens UH100249-O seien auf die Staatskasse zu nehmen. Vorweg ist festzuhalten, dass das vorinstanzliche Urteil bezüglich Dispositiv-Ziffern 2 (Rückerstattung Barkaution), 3 und 4 (Beschlagnahmungen), 10 bis 12 (Kosten- und Entschädigungsfolgen Beschwerdeverfahren UH190242-O) und 13 (Prozessentschädigung an Privatklägerin in Beschwerdeverfahren) in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 2

Räumlicher Geltungsbereich des schweizerischen Rechts

E. 2.1

Privatklägerin Ausgangsgemäss ist der Privatklägerin SECO für das Vorverfahren und die Gerichtsverfahren beider Instanzen keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

E. 2.1.1

Allgemeine Vorbemerkungen Die den Beschuldigten als Bestechung vorgeworfenen Zahlungen an N._____ erfolgten alle in den VAE, dort wurde auch die mündliche Zusicherung des Beschuldigten A._____ gegenüber N._____ abgegeben, dass sie ihm im Falle des Zuschlags 10 Prozent der Vertragssumme (d.h. des von der D._____ zu bezahlenden Preises für den Bau der S._____ -Mühle) bezahlen würden (Anklageziffer 13). Das vertragsgegenständliche Projekt wäre in den VAE auszuführen gewesen. Somit erfolgten alle den beiden Beschuldigten vorgeworfenen deliktischen Handlungen in den VAE und trat dort auch der deliktische Erfolg ein. Es liegt weder Tatbegehung in der Schweiz im Sinne von Art. 3 StGB vor, noch sind die Voraussetzungen gemäss Art. 4 - 6 StGB erfüllt. Einziger Anknüpfungspunkt ist die Anwesenheit der beiden Beschuldigten in der Schweiz und deren schweizerische Staatsangehörigkeit. Zu prüfen bleibt somit die Anwendbarkeit von Art. 7 StGB, welche Bestimmung auch auf das UWG anwendbar ist (Art. 333 StGB).

E. 2.1.2

Voraussetzungen gemäss Art. 7 Abs. 1 StGB a) Allgemein Gemäss Art. 7 Abs. 1 StGB ist dem StGB unterworfen, wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen begeht, ohne dass die Voraussetzungen der Art. 4, 5 oder 6 StGB erfüllt sind, wenn die Tat auch am Begehungsort strafbar ist (lit. a), der Täter sich in der Schweiz befindet oder ihr wegen dieser Tat ausgeliefert wird (lit. b) und nach schweizerischem Recht die Tat die Auslieferung zulässt, der Tä-

- 16 - ter jedoch nicht ausgeliefert wird (lit. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (POPP/KESHELAVA in BSK, Strafrecht I, Art. 7 N 3). b) in concreto Die Anwesenheit der Beschuldigten in der Schweiz ist erfüllt. Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat (Urk. 106 S. 15), liegt gestützt auf Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG ein Auslieferungsdelikt vor, wenn die angedrohte Sanktion Freiheitsstrafe mit einem Maximum von mindestens einem Jahr oder eine strengere Sanktion ist. Der den Beschuldigten vorgeworfene Tatbestand der Bestechung im Sinne von Art. 4a i.V. m. Art. 23 Abs.1 aUWG sieht eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Damit liegt nach schweizerischem Recht ein Auslieferungsdelikt vor. Die Voraussetzung fehlender Auslieferung ist ebenfalls erfüllt, es wurde auch kein entsprechender Antrag seitens der VAE gestellt. Zu prüfen bleibt das Erfordernis doppelter Strafbarkeit. c) Erfordernis der Strafbarkeit Wie vorstehend dargelegt, liegt der Begehungsort des den Beschuldigten vorgeworfenen Delikts in den VAE. Für die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts vorausgesetzt ist gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB, dass die Tat auch am Begehungsort strafbar ist. Die diesbezügliche Beweisführungslast trifft die Anklagebehörde, es handelt sich um ein Element der Sachverhaltserstellung (Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/VEST 2021, Art. 7 N11; BGE 104 IV 87). Die Staatsanwaltschaft hat betreffend die Strafbarkeit des angeklagten Sachverhalts nach dem Recht der VAE ein Gutachten eingeholt. Der Gutachter Dr. iur. T._____ legt das in den VAE geltende Recht in seinem Gutachten vom 3. August 2016 dar (Urk. 090012 ff.). Nach seinen Ausführungen wird gemäss Art. 237 Abs. 1 StGB/VAE mit Gefängnis von höchstens fünf Jahren bestraft, wer einem Amtsträger oder einer im öffentlichen Dienst tätigen Person, einen Vorteil irgendwelcher Art angeboten oder versprochen hat, auch wenn das Angebot nicht an-

- 17 - genommen wurde, um eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung zu veranlassen (Urk. 090019). Beamte im Sinne des StGB/VAE sind gemäss Art. 5 Ziff. 6 StGB/VAE Leiter der Vorstände und ihrer Mitglieder sowie Manager und andere Arbeitnehmer in Gesellschaften und Einrichtungen für die öffentliche Wohlfahrt (Urk. 090017). Der Gutachter hält fest, dass die D._____, für welche N._____ im Zeitraum der vorgeworfenen Delikte als technischer Direktor tätig war, vom Emir des Landes gegründet wurde. Von diesem gegründete Unternehmen und Gesellschaften hätten den Zweck, dem Wohl des Landes zu dienen, zur Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen der Bevölkerung beizutragen. Gemäss Gerichtspraxis und Ansicht der Rechtsgelehrten habe die D._____ Merkmale und Eigenschaften eines privaten Unternehmens, ihre Mitarbeiter seien aber im öffentlichen Dienst tätig, ihre Leiter, Mitglieder des Vorstandes sowie Direktoren und Mitarbeiter können Zielpersonen der strafbaren Bestechung sein (Urk. 090026). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass N._____ als "Technical Director" der D._____ als im öffentlichen Dienst tätige Person gilt, da die D._____ zwar Merkmale eines privaten Unternehmens hat, jedoch vom Emir gegründet wurde und damit den Zweck hat, dem Wohl des Landes zu dienen. Die zur Anklage gebrachten Bestechungszahlungen erfolgten an eine im öffentlichen Dienst tätige Person im Sinne von Art. 237 Abs. 1 StGB/VAE. Grundsätzlich ist damit die Strafbarkeit des angeklagten Sachverhalts nach dem Recht am Begehungsort im Sinne einer Bestechung eines Amtsträgers zu bejahen. Nachfolgend ist auf die Problematik einzugehen, dass die Anklage den Beschuldigten eine private Bestechung vorwirft, N._____ nach schweizerischem Recht kein Amtsträger im Sinne von Art. 322ter StGB ist, dagegen nach dem Recht am Begehungsort eine Bestechung einer im öffentlichen Dienst tätigen Person vorliegt. Es besteht somit keine Normidentität zwischen der anwendbaren schweizerischen Norm und der ausländischen Norm. Es bleibt zu prüfen, ob für die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB Normidentität gegeben sein muss.

- 18 - d) Normidentität/ identischer Schutzzweck Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft sei für die Anwendbarkeit der Normidentität die Rechtsprechung zur internationalen Rechtshilfe anzuwenden. Bei der Rechtshilfe diene die Schweiz mit Zwangsmassnahmen dem Verfahren in einem ausländischen Staat (Urk. 125 S. 13 m.w.H.). Entgegen der Meinung der Vorinstanz gelte für die Beschuldigten das gleiche Schutzniveau im Rechtshilfeverfahren wie im Strafprozess, da Rechtshilfe eben nicht nur die Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten, sondern auch die Teilnahme an der Strafverfolgung sei (Urk. 125 S. 15 m.w.H.). Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass sich die Frage stellt, ob die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit im Sinne von Art. 7 StGB nach einer abstrakten Methode zu beurteilen ist, welche den Schutzzweck der jeweiligen Norm ausser Acht lässt oder nach einer konkreten Methode (Urk. 106 S. 18 ff.). Mit der Vorinstanz ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesgericht zu dieser Frage der Normidentität bzw. des Schutzzwecks der Norm im Zusammenhang mit Art. 7 StGB noch nicht geäussert hat. Im Zusammenhang mit internationaler Rechtshilfe hat es jedoch entschieden, dass Normidentität nicht erforderlich ist (Urk. 106 S. 19). Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass die Anforderungen im Rechtshilfeverfahren als einem verwaltungsrechtlichen Verfahren, in welchem die Grundsätze der lex mitior oder das Rückwirkungsverbot nicht gelten, nicht mit denjenigen im Strafverfahren gleichgesetzt werden können. Sie hat zutreffend darauf hingewiesen, dass im Strafverfahren zahlreiche Grundsätze (z.B. lex mitior, in dubio pro reo, Anklagegrundsatz und Verschlechterungsverbot) zugunsten der

beschuldigten Person zu beachten sind. Sie zieht daraus nachvollziehbar den Schluss, dieser Schutzgedanke führe zugunsten des Beschuldigten dazu, dass gemäss Art. 7 StGB Normidentität zu fordern ist, welche zwar nicht mit identischem Straftatbestand gleichzusetzen sei, jedoch das gleiche Schutzgut zum Gegenstand haben müsse (Urk 106 S. 19 f.). Diesen Erwägungen der Vorinstanz ist beizupflichten. Ergänzend ist festzuhalten, dass im Rechtshilfeverfahren lediglich prima facie zu prüfen ist, ob der fragliche Sachverhalt auch nach schweizerischem Recht strafbar wäre, ohne dass auf besondere Schuldformen und Straf-

- 19 - barkeitsbedingungen Rücksicht genommen würde (RIEDO, FIOKA, NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, Rz 3381). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Rechtshilferichter noch nicht abschliessend zu beurteilen, ob eine strafbare Handlung vorliegt und welche spezifische Straftatbestände erfüllt sind, vielmehr nimmt er nur eine prima facie Prüfung des objektiven und subjektiven Tatbestands vor. Beiderseitige Strafbarkeit setzt in diesem Konnex keine identischen Strafnormen im ersuchenden und im ersuchten Staat voraus. Der Sachverhalt ist so zu subsumieren, wie wenn die Schweiz wegen eines analogen Sachverhalts ein Verfahren eingeleitet hätte (BGE 142 IV 175 E. 5.5). Ferner gilt es zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt des Rechtshilfeverfahrens nur ein Verdacht gegen die beschuldigte Person besteht, wobei der zu erstellende Sachverhalt und die eigentlichen Tatvorwürfe zuerst noch ermittelt werden müssen. Es leuchtet ein, dass es zu diesem Zeitpunkt gar nicht erst möglich ist, Normidentität vorauszusetzen. Beim Strafverfahren liegt eine andere Ausgangslage vor. Die beschuldigte Person wird mit Tatvorwürfen konfrontiert, welche Gegenstand einer Anklage bilden, die den Anforderungen von Art. 9 Abs. 1 StPO zu genügen hat. Es kann deshalb nicht grundsätzlich auf die Rechtsprechung zur Rechtshilfe abgestellt werden. Die Staatsanwaltschaft räumte vor Vorinstanz ein, dass sich das Bundesgericht zur Frage der Normidentität im Zusammenhang mit Art. 7 StGB bisher noch nicht geäußert hat. Sie wies jedoch darauf hin, dass POPP im Basler Kommentar die Meinung vertritt, dass im Zusammenhang mit dem räumlichen Geltungsbereich Normidentität nicht erforderlich sei (Urk. 90 S. 24). POPP/KESHELAVA weisen im Basler Kommentar im Zusammenhang mit dem Erfordernis der doppelten Strafbarkeit darauf hin, dass umstritten sei, ob Normidentität vorausgesetzt sei, also ob vorausgesetzt sei, dass für die Norm im anderen Recht der gleiche Strafgrund gelte. Es wird die Auffassung vertreten, beim räumlichen Geltungsbereich genüge Strafbarkeit an sich in Verbindung mit dem Prinzip der *lex mitior*, um das Vertrauen des Handelnden in die Bewertung seines Handelns nach den Gesetzen des Handlungsumfeldes zu schützen (Basler Kommentar StGB - POPP/KESHELAVA VorArt. 3 N 35). Die gegenteilige Auffassung wird in

- 20 - der Lehre von G. ARZT vertreten (in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, S. 417 ff.). Er vertritt die Meinung, dass es unter Rücksichtnahme auf die materiellrechtlichen Grundsätze nicht angeht, sich mit zufälliger beiderseitiger Strafbarkeit zu begnügen (ARZT, a.a.O. S. 424). Normidentität setze voraus, dass die Verbotsnormen vergleichbare Rechtsgedanken verfolgen, vergleichbare Rechtsgüter vor vergleichbaren Angriffen schützen. Er postuliert, es sei zuerst zu fragen, ob die ausländische und schweizerische Strafbestimmung *grosso modo* vergleichbare Verbotsziele verfolgen (ARZT, a.a.O. S. 425). Der Umstand, dass auch gemäss der von POPP/KESHELAVA vertretenen Lehrmeinung die *lex mitior* zu beachten ist, stellt schon eine Einschränkung bezüglich des Ausreichens blosser Strafbarkeit dar. Es bleibt unklar, was mit der

Anwendung der *lex mitior* gemeint ist. Wollte man eine abstrakte Gegenüberstellung von ausländischem und schweizerischen Recht genügen lassen, würde dies dem Verständnis der *lex mitior* Regel nach schweizerischem Recht widersprechen. Wollte man demgegenüber die konkrete Methode zur Anwendung bringen, müsste der schweizerische Richter im Rahmen der Prüfung des räumlichen Geltungsbereichs des schweizerischen Rechts den Sachverhalt auch nach ausländischem Recht beurteilen und die Ergebnisse einander gegenüberstellen, was den Rahmen einer Vorprüfung des räumlichen Geltungsbereichs des schweizerischen Rechts sprengt. Schliesslich stellt sich unabhängig davon, ob die konkrete oder abstrakte Methode zur Anwendung kommt, die Frage, wie nach der von POPP/KESHELAVA vertretenen Auffassung zu verfahren ist, wenn sich das ausländische Recht als das mildere erweisen sollte. POPP/KESHELAVA postulieren, dass nicht das ausländische Recht als solches Anwendung finden soll, vielmehr nur dessen Auswirkungen in indirekter Weise, indem dem inländischen Richter ein sich aus dem inländischen Recht nicht ergebendes wirkungsorientiertes Sanktionsmaximum vorgeschrieben werde (a.a.O. VorArt. 3 N 38). Diese Lehrmeinung vermag nicht besser zu überzeugen als die von der Vorinstanz mit schlüssiger Begründung vertretene Auffassung, welche auch bei ARZT in der Lehre eine Stütze findet. Das Erfordernis der Normidentität im Sinne eines vergleichbaren Schutzzwecks der fraglichen Norm führt zu einem einfachen, und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit vorausseh-

- 21 - baren und klaren Vorgehen und ist der von POPP/KESHELAVA vertretenen Auffassung vorzuziehen. Zwischen dem nach schweizerischem Recht anwendbaren Art. 4a Abs. 1 aUWG in Verbindung mit Art. 23 aUWG und dem am Begehungsort anwendbaren Art. 237 Abs. 1 StGB/VAE besteht keine Normidentität bezogen auf das Schutzgut. Das schweizerische UWG bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Bei Art. 237 Abs. 1 StGB/VAE handelt es sich dagegen um eine Norm, welche die Bestechung von Amtsträgern oder einer im öffentlichen Dienst tätigen Person zum Gegenstand hat, sie stellt somit (wie die Bestechungsnorm im Sinne von Art. 322ter StGB) ein Delikt gegen die Amts- und Berufspflicht dar, dessen geschütztes Rechtsgut die Objektivität und Sachlichkeit amtlicher Tätigkeit, das Vertrauen der Bürger und des Staates in die Pflichttreue der Amtsträger ist (Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD VorArt. 322ter N 1). Das geschützte Rechtsgut nach schweizerischem Recht unterscheidet sich somit klar von demjenigen nach dem Recht der VAE. Daran ändert auch nichts, dass gemäss den Ausführungen des Gutachters die herrschende Meinung in den VAE dahin geht, die strafrechtlichen Sanktionen des StGB/VAE auch auf den privaten Sektor auszudehnen, die Rechtsgelehrten die Auslegung von Art. 5 Ziff. 5 StGB/VAE auf private Personen ausgeweitet haben und diese extensive Auslegung auch von den Gerichten angenommen wurde (Urk. 090022 ff.). Denn es erscheint fraglich, ob diese extensive vom Wortlaut der Norm abweichende Auslegung durch Lehre und Rechtsprechung mit dem in Art. 1 StGB verankerten fundamentalen Legalitätsprinzip (*nulla poena sine lege*) vereinbar wäre, zumal nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung für jede freiheitsentziehende Sanktion ein Gesetz im formellen Sinn gefordert wird, für andere Strafen dagegen eine Verordnung genügt, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält (BGE 124 IV 23 E.1). Die Strafandrohung gemäss Art. 237 Abs. 1 des StGB/VAE ist Gefängnis von höchstens fünf Jahren, somit eine Sanktion, welche im Sinne der zitierten Rechtsprechung eines Gesetzes im formellen Sinn bedarf. Bestrafung von Privatbestechung gestützt auf eine extensive Auslegung dieser Norm durch Lehre und Rechtsprechung erfüllt somit die Voraussetzungen

an ein Gesetz im formellen Sinn nicht. Ausserdem

- 22 - fehlt nach dem Recht der VAE auch bei Bejahung der Strafbarkeit der Privatbestechung das Element des Schutzzwecks der Gewährleistung des unverfälschten Wettbewerbs. Entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft handelt es sich dabei nicht um einen rein systematischen bzw. gesetzesredaktionellen Gesichtspunkt (siehe Urk. 125 S. 20). Der Unterschied, ob eine Strafnorm das Vertrauen in die sachliche und pflichttreue Amtstätigkeit oder den unverfälschten Wettbewerb schützt, ist inhaltlicher Natur. Nachdem im innerstaatlichen Recht aufgrund des Rückwirkungsverbotes die Strafnorm des UWG zur Anwendung kommt, nicht diejenige der Privatbestechung im Sinne von Art. 322octies StGB, welche erst nach der Begehung der vorgeworfenen Delikte in Kraft getreten ist, und nicht das mildere Recht darstellt, beurteilt sich die vorgeworfene Tat unter Einbezug der wettbewerbsrechtlichen Komponente gemäss UWG. Angesichts des ganz unterschiedlichen Schutzzwecks von Art. 4a i.V. mit Art. 23 aUWG gegenüber Art. 237 Abs. 1 StGB/VAE ist beiderseitige Strafbarkeit im Sinne von Art. 7 StGB zu verneinen. Der vorinstanzliche Freispruch ist somit bezüglich beider Beschuldigten zu bestätigen. Selbst wenn jedoch der staatsanwaltschaftlichen Ansicht gefolgt und beiderseitige Strafbarkeit bejaht würde, wäre der angeklagte Sachverhalt vom Tatbestand des Bestechens im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a i.V. mit Art. 23 aUWG nicht erfasst, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

E. 2.2

Beschuldigte Den beiden Beschuldigten ist gestützt auf Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO eine Entschädigung für die Kosten ihrer Verteidigung im Vorverfahren und für das Gerichtsverfahren beider Instanzen aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Der Beschuldigte 1 bezifferte seine Anwaltskosten mit Eingabe vom 23. Mai 2019 auf Fr. 72'003.50 (Urk. 62 S.3 und Urk. 122 S. 2). Hinzukommt eine Rechnung vom 19. August 2020 über Fr. 11'225.55 (Urk. 93/2) und vom 29. August 2019 über Fr. 17'978.35 (Urk. 95) sowie eine Rechnung vom 31. Dezember 2020 über Fr. 3'053.30 (Urk. 122 Beilage 3). Insgesamt machte er für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren Kosten von Fr. 104'260.70 (inkl. MwSt.) geltend. Für das Berufungsverfahren bezifferte er die Verteidigungskosten auf Fr. 9'159.90, wobei er für die Berufungsverhandlung einen Aufwand von acht Stunden schätzte (siehe Urk. 122 Beilage 4). Insgesamt macht er damit für das ganze Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 113'420.60 (inkl. MwSt.) geltend. Der Beschuldigte 2 liess die diesbezüglichen Kosten per 10. August 2020 mit Fr. 59'056.68 beziffern (Urk. 84) und durch entsprechende Honorarnoten belegen (Urk. 85/1-2). In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung machte er weitere Fr. 3'993.51 geltend (Urk. 94 S. 22) und reichte mit Eingabe vom 4. September

- 30 - 2020 eine weitere Rechnung ein für versehentlich noch nicht in Rechnung gestellte Fr. 5'657.50 (Urk. 97 und 98). Insgesamt machte der Beschuldigte 2 für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren Fr. 68'707.69 geltend. Für das Berufungsverfahren bezifferte er seine Verteidigungskosten auf Fr. 16'207.02, wobei er für die Berufungsverhandlung einen Aufwand von acht Stunden vorsah (Urk. 121). Insgesamt macht er somit für das ganze Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 84'914.71 (inkl. MwSt.) geltend. Eine Kontrolle der gestützt auf die eingereichten Honorarrechnungen dokumentierten Aufwände der Verteidigungen mit den Ansätzen gemäss Anwaltsgebührenverordnung zeigt, dass die geltend gemachten Beträge angemessen erscheinen. Gemäss § 17 Abs. 1 lit. b AnwGebVO beträgt die Grundgebühr für die Führung eines

Strafprozesses vor Bezirksgericht in der Regel maximal Fr. 28'000.– und werden gemäss §17 Abs. 2 AnwGebVO Zuschläge berechnet für zusätzliche Verhandlungen, weitere notwendige Rechtsschriften und weitere Verhandlungstage. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass zwei Hauptverhandlungen durchgeführt werden mussten, da der nach Durchführung der ersten Hauptverhandlung ergangene Einstellungsbeschluss der Vorinstanz vom 3. Juli 2019 vom Obergericht im Beschwerdeverfahren aufgehoben wurde und nach diesem Rückweisungsbeschluss der III. Strafkammer vom 10. Dezember 2019 (Urk. 74) am 19. August 2020 die zweite Hauptverhandlung durchgeführt wurde. Gemäss § 18 AnwGebVO berechnet sich die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie für das erstinstanzliche Verfahren. Angesichts der Komplexität des Falles erscheint es gerechtfertigt, für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren und das Berufungsverfahren vom höchsten Ansatz von je Fr. 28'000.– auszugehen, wobei noch Zuschläge für zusätzliche Verhandlungen und Rechtsschriften zu gewähren wären. Allein für die Gerichtsverfahren beider Instanzen wäre somit eine Gebühr im Bereich von Fr. 60'000.– ausgewiesen. Hinzu kommen die Aufwendungen in einem komplexen und aufwändigen Vorverfahren, welche gemäss § 16 Abs. 1 AnwGebVO nach dem notwendigen Zeitaufwand berechnet werden. Die beiden Verteidiger stellen einen Stundenansatz von Fr. 300.– (RA Y._____) bzw. 350.– (RA X._____) in Rechnung, was im Rahmen der Ansätze von § 3 AnwGebVO liegt und nicht zu beanstanden ist.

- 31 - Die entsprechenden Honorarnoten liegen vor. Der dokumentierte Aufwand erscheint als dem komplexen Verfahren angemessen. Einzig im Hinblick auf die tatsächliche Verhandlungsdauer ist eine Reduzierung um zwei Stunden vorzunehmen. Demzufolge ist dem Beschuldigten 1 (A._____) eine Prozessentschädigung von pauschal Fr. 112'000.– (inkl. MwSt.) und dem Beschuldigten 2 (B._____) eine Prozessentschädigung von pauschal Fr. 84'000.– (inkl. MwSt.) zuzusprechen.

E. 3

Zivilansprüche Beide Beschuldigten beantragten die Zusprechung einer Genugtuung für die ungerechtfertigt erlittene Haft von 26 Tagen. Gestützt auf Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO ist ihnen eine Genugtuung von je Fr. 5'200.– zuzusprechen. Der Beschuldigte 2 (B._____) beantragt die Zusprechung einer Entschädigung von Fr. 10'000.– für entgangene Einkünfte. Vor Vorinstanz liess er geltend machen, dieser Betrag entspreche seinem damals durchschnittlich erzielten Nettoeinkommen als Selbständigerwerbender (Urk. 53 S. 20). Entsprechende Belege hierfür liegen jedoch nicht vor und wurden auch nicht anlässlich der Berufungsverhandlung eingereicht. Folglich ist dem Beschuldigten 2 keine Entschädigung für Einkommensausfall aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Es wird beschlossen:

E. 3.1

Wettbewerbsrelevanz Vorliegend ist nicht zu erkennen, dass der Wettbewerb in der Schweiz durch die angeklagte Delinquenz verfälscht worden wäre, vielmehr erfolgte eine allfällige Wettbewerbsverfälschung einzig in den VAE. Insbesondere ist der Anklage nicht zu entnehmen, dass neben der R._____, für welche die Beschuldigten handelten, weitere schweizerische Firmen an dem Offertverfahren beteiligt gewesen wären oder der schweizerische Markt in irgendeiner anderen Weise tangiert worden wäre. Gemäss Anklage ging es den Beschuldigten darum, dass keine indischen und

- 23 - chinesischen Anbieter einbezogen werden (Anklageziffer 17). Gemäss Anklageziffer 24 waren die Hauptkonkurrenten die U._____ und V._____, wobei es sich bei

letzterer gemäss Anklageziffer 28 um ein chinesisches Unternehmen handelt. Gemäss den nicht widerlegbaren Aussagen der beiden Beschuldigten in der Schlusseilvernehmung handelte es sich bei der U._____ um ein indisches Unternehmen (Urk. 050168). Dass die U._____ oder die V._____ einen Bezug zum schweizerischen Markt gehabt hätten, ist der Anklage nicht zu entnehmen. Es erscheint als fraglich, ob der unverfälschte Wettbewerb unter Firmen im Ausland unter den Schutzzweck des UWG fällt. Vorliegend wurde der schweizerische Markt nur insofern tangiert, dass ein schweizerisches Unternehmen den Zuschlag für den Vertrag erhielt. Der Wettbewerb in der Schweiz wurde nicht tangiert und sämtliche angeklagte Handlungen wurden im Ausland begangen. Nach der hier vertretenen Auffassung wird der angeklagte Sachverhalt nicht vom Schutzzweck des UWG erfasst, da der laute und unverfälschte Wettbewerb in der Schweiz im Sinne von Art. 1 UWG im vorliegenden Fall nicht tangiert ist. Auch unter diesem Aspekt hat ein Freispruch der Beschuldigten zu ergehen, selbst wenn die Voraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit gemäss Art. 7 StGB bejaht würde. Doch selbst wenn angenommen würde, dass für die Anwendbarkeit des UWG Auswirkungen der Handlungen der Beschuldigten auch auf den Wettbewerb /Markt in der Schweiz nicht vorausgesetzt sind, wäre die Tatbestandsmässigkeit des Handelns der Beschuldigten gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. a i.V. mit Art. 23 UWG zu verneinen. Dies wird in den nachfolgenden Erwägungen dargelegt.

E. 3.2

Tatbestandsmässigkeit

E. 3.2.1

Bestechen gemäss Art. 4a Abs. 1 UWG a) Gesetzeswortlaut Unlauter handelt gemäss Art. 4a Abs. 1 UWG, wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher

- 24 - Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt. b) Stellung von N._____ gegenüber der D._____ N._____, dem die Beschuldigten die Zahlungen gemäss Anklage leisteten, war im Zeitpunkt der angeklagten Delikte technischer Direktor der D._____, erfüllt somit das Tatbestandselement als Arbeitnehmer oder Gesellschafter der D._____ c)

Vorteilsgewährung im Zusammenhang mit dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit Die Zahlungen erfolgten unbestrittenermassen im Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit und Funktion von N._____ bei der D._____. c) Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung In der Anklage wird den Beschuldigten vorgeworfen, sie hätten die Zahlungen an N._____ geleistet und weitere Zahlungen im Umfang von 10 % der Vertragssumme versprochen, um diesen zu veranlassen, dafür zu sorgen, dass unabhängig von der Qualität der Angebote der Konkurrenten die R._____ den Zuschlag erhalte. Hat N._____ unter gleichwertigen Offerten das Angebot der Beschuldigten gewählt, so kann davon ausgegangen werden, dass er die Interessen der D._____ nicht gewahrt hat, da die Möglichkeit bestand, einen besseren Preis auszuhandeln. Diesfalls wäre pflichtwidriges Handeln von N._____ gegenüber der D._____ zu bejahen. Wenn die Offerte der Beschuldigten jedoch die beste unter mehreren Offerten war und N._____ als Bestochener die beste Offerte gewählt hat bzw. darauf Einfluss genommen hat, dass die D._____ diese Offerte wählt, liegt kein unlauteres Handeln vor, denn durch die Vorteilsgewährung wird

die Wahl unter den Angeboten nicht verfälscht und der Wettbewerb wird nicht beeinträchtigt (Basler Kommentar UWG-FRICK, Art. 4a N 58; Orell Füssli Kommentar/Wettbewerbsrecht II-HEINZMANN, UWG Art. 4a N 15). Der Wettbewerb wird nur verfälscht, wenn sich

- 25 - nicht die beste oder günstigste Ware, Leistung etc. durchsetzt (SPITZ in Jung/Spitz Stämpfli Handkommentar UWG, 2. A., Basel 2016 Art. 4a N 25 und N 75; BBl 2004 6983 Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts- Übereinkommens und des Zusatzprotokoll des Europarates über Korruption [Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb] S. 7012 e contrario). Die Beschuldigten machen geltend, sie seien davon ausgegangen, dass N._____ einen Vertragspartner wolle, mit dem er das technisch beste Projekt realisieren könne (Konfrontations-Schlusseinvernahme vom 6. März 2018 Urk. 50167). Sie seien davon ausgegangen, dass N._____ die Zahlungen eingesetzt habe, um die technisch beste und nachhaltigste Anlage zu erhalten. Sein Ziel sei es gewesen, die technisch beste Lösung zu bekommen, und Offerten, die nicht belastbar seien, zu erkennen (Konfrontations-Schlusseinvernahme vom 6. März 2018 Urk. 050174 f.). Das Ziel sei gewesen, im Wettbewerb mit der besten Offerte den Auftrag zu gewinnen (Urk. 050176). Vor Vorinstanz sagten sie aus, N._____ habe gesagt, er brauche das Geld, da das Projekt einen indischen Consultant bekommen habe, der mit einer indischen Firma zusammenarbeite, wenn diese Firma anbiete, gebe es etwas, das er nicht verantworten könne. N._____ habe sie um Hilfe ersucht, damit er gute Qualität erhalte (Prot. I S. 19). Er habe gewusst, dass sie das technisch beste Angebot machen (Prot. I S. 22). N._____ habe nur noch top Anbieter mit hohem Standard und hoher Qualität gewollt, auf die er sich verlassen könne (Prot. I S. 23). Zusammenfassend stellen sich die Beschuldigten auf den Standpunkt, dass sie die beste Offerte gemacht haben. Sie bestreiten somit unlauteres Handeln oder einer Wettbewerbsverfälschung. Es liegen keine Beweismittel vor, welche die Darstellung der Beschuldigten zu widerlegen vermögen. Die Staatsanwaltschaft stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, dass es bei einem so vielschichtigen und anspruchsvollen Projekt ein objektiv bestes Angebot überhaupt nicht geben könne, da es zu viele Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen gelte. Für solche Entscheidungen sei es besonders wichtig, optimale und transparente Entscheidungsgrundlagen für das zuständige Gremium zu erarbeiten (Urk. 90 S. 20). Deshalb stelle Manipulation der Entscheidungsgrundlagen eine schwere Pflichtverletzung dar (Urk. 90 S. 20). Mit ihrer Argumen-

- 26 - tation lässt die Staatsanwaltschaft ausser Betracht, dass es möglicherweise die abstrakt objektiv beste Offerte nicht geben mag, indessen eine für die D._____ unter den konkreten Umständen ihren Bedürfnissen am besten entsprechende Offerte, welche sich nach Abklärung der Bedürfnisse des Auftraggebers mittels Gegenüberstellung der verschiedenen Offerten ermitteln liesse. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft gibt es in diesem Sinne auch bei komplexen anspruchsvollen Projekten eine für den Auftraggeber beste Offerte. Dass N._____ aufgrund seiner Position als technischer Direktor über die Fähigkeiten verfügte, die technischen Aspekte eines komplexen Projekts zu beurteilen und die verschiedenen Offerten miteinander zu vergleichen, dürfte nicht in Abrede zu stellen sein. Ferner ist festzuhalten, dass in keiner Weise erstellt und in der Anklage umschrieben ist, wie N._____ die von den Beschuldigten erhaltenen Gelder einsetzte (Urk. 106 S. 44). Wenn die Staatsanwaltschaft ausführt, er habe die Entscheidungsgrundlagen für das zuständige Gremium manipuliert, handelt es sich um eine nicht

erstellte Behauptung. Die Ausführungen der Staatsanwaltschaft wären beweismässig zu untermauern. Die Beschuldigten haben denn auch die Befragung entsprechender Zeugen, insbesondere von N._____ beantragt. Auf entsprechende Beweisabnahmen kann jedoch verzichtet werden, da aufgrund des vorliegend vertretenen Hauptstandpunktes ein Freispruch mangels beiderseitiger Strafbarkeit zu erfolgen hat. Abgesehen davon geht aus den Akten hervor, dass die Staatsanwaltschaft mit einem Rechtshilfeersuchen an die VAE um Einvernahme von N._____ ersuchte, die Befragung jedoch nicht durchgeführt wurde (Urk. 050190), weshalb davon auszugehen ist, dass ein erneutes Ersuchen sich als nicht zielführend erweisen dürfte. Die Staatsanwaltschaft führte vor Vorinstanz denn auch aus, die bisherige Rechtshilfe sei von so schlechter Qualität gewesen, dass die Aussicht auf einen relevanten Erkenntnisgewinn durch ein erneutes Rechtshilfeersuchen minimiere (Urk. 90 S. 7). Da den Beschuldigten nicht widerlegt werden kann, dass ihre Offerte für die D._____ die beste Offerte war, bzw. N._____ ihnen erklärte, die Zahlungen dafür zu benötigen, um der besten Offerte zum Durchbruch zu verhelfen, um den indischen Consultant auszuhebeln, der eine indische Firma bevorzugen wollte. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, lässt sich den Beschuldigten ausserdem nicht

- 27 - widerlegen, dass die Zahlungen an N._____ zulasten der Aktionäre der R._____ von der Marge abgingen und sich nicht zulasten der D._____ bzw. auf den offerierten Preis auswirkten (Urk. 106 S. 44 f.). Unter diesen Umständen ist pflichtwidriges Handeln von N._____ nicht erstellt. Die Beschuldigten betonten, dass N._____ nicht derjenige gewesen sei, der habe entscheiden können, wer das Projekt erhalten würde, wer letztlich über die Vergabe des Projektes entschieden habe, wüssten sie nicht. Es sei ein Gremium von 13 Leuten gewesen. Sie seien davon ausgegangen, dass N._____ Wettbewerbsverhältnisse herstellen könne, um ihrem Angebot eine faire Chance zu geben (Prot. I S. 27, S. 29). Die Vorinstanz hielt fest, der Sachverhalt könne insoweit nicht erstellt werden, dass N._____ ein grosses Ermessen bei der Beurteilung der Offerten und Projektvorschläge und grossen Einfluss auf die Entscheidungen des Steering Committee gehabt habe. Ferner könne nicht erstellt werden, dass die D._____ von den Zahlungen gewusst habe (Urk. 106 S. 27). Diesen Erwägungen der Vorinstanz ist zu folgen, da ausser den Aussagen der Beschuldigten keine Beweismittel vorliegen und sich diese Anklagepunkte nicht auf die Aussagen der Beschuldigten stützen lassen. Die Vorinstanz hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass der Entscheid über die Auswahl der Offerte in der Kompetenz des 13-köpfigen Steuerungsausschusses fiel, nicht bekannt ist, wie gross der Einfluss von N._____ als Mitglied dieses Steuerungsausschusses war und wie die Entscheidung dieses Ausschusses zustande kam (Urk. 106 S. 42 f.). Mit ihr ist zu schliessen, dass unüberwindbare Zweifel daran bestehen, dass N._____ als Einzelperson in einem 13-köpfigen Gremium, welches zudem eine externe Beratungsfirma beigezogen hatte, entscheidenden Einfluss hatte (Urk. 106 S. 45). Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft genügt es nicht, dass N._____ den Beschuldigten im Offertverfahren Vorteile gegenüber den Mitbewerbern verschaffen konnte (Urk. 90 S.17 f.), denn von zentraler Bedeutung ist sein Einfluss auf den Vergabeentscheid. Demzufolge ist auch nicht erstellt, dass ein Ermessensentscheid vorlag, auf den N._____ massgeblich Einfluss nehmen konnte. Daraus ergibt sich, dass die Beschuldigten auch unter dem Aspekt pflichtwidrigen oder im Ermessen von N._____ stehenden Verhaltens freizusprechen sind.

- 28 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kostenfolgen Die Vorinstanz hat den Beschuldigten die Kosten trotz Freispruchs auferlegt. Sie begründete dies damit, dass das

Verhalten der Beschuldigten geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beeinflussen. Durch Zahlungen an N._____ hätten sie sich gegenüber der Konkurrenz Vorteile im Vergabeverfahren erkaufte. Damit hätten sie sich unlauter im Sinne von Art. 2 UWG und damit widerrechtlich verhalten (Urk. 106 S. 50). Wie vorstehenden Erwägungen zu entnehmen ist, haben die Beschuldigten durch ihre Handlungen nur Einfluss auf den Markt und den Wettbewerb in den VAE genommen und erscheint als fraglich, ob ihr Handeln, welches nur im Ausland erfolgte, vom UWG erfasst wird und Widerrechtlichkeit gestützt auf Art. 2 UWG begründet werden kann. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen. Die Argumentation der Vorinstanz erweist sich zudem als nicht konsistent, indem sie einerseits die Erfüllung der Voraussetzungen gemäss Art. 4a UWG verneint, welche Bestimmung eine Spezialnorm für unlauteres Handeln (Bestechen und sich bestechen lassen) darstellt, andererseits das Vorliegen unlauteren Handelns im Sinne der Generalklausel gemäss Art. 2 UWG bejaht, ohne dass ausgeführt würde, in welcher andern Hinsicht das Handeln der Beschuldigten täuschend oder gegen Treu und Glauben verstossend sein soll. Ihrer Feststellung, dass die Beschuldigten sich durch die Zahlungen an N._____ Vorteile im Vergabeverfahren erkaufte und dieses Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen, kann gefolgt werden, jedoch geht daraus nicht hervor, dass dieses Verhalten gegen Treu und Glauben verstiesse, da den Beschuldigten nicht widerlegt werden konnte, dass ihre Offerte die beste war, weshalb ihr Verhalten nicht zu einer Wettbewerbsverfälschung führen konnte. Zusammenfassend sind die Beschuldigten freizusprechen und kann ihnen nicht im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO vorgeworfen werden, dass sie durch ihr Verhalten die Einleitung des Verfahrens rechtswidrig und schuldhaft verursacht haben. Ausgangsgemäss sind daher die Kosten des Vorverfahrens sowie des Kos-

- 29 - ten des Gerichtsverfahrens beider Instanzen sowie die Kosten der Beschwerdeverfahren UH190248 (Urk. 76/2) und UH190249 (Urk. 76/1) auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Für das Gerichtsverfahren beider Instanzen fällt die Gerichtsgebühr ausser Ansatz. Im Übrigen wurde die Kostenfestsetzung durch die Vorinstanz (Dispositiv-Ziffer 5) nicht angefochten und ist zu bestätigen. 2. Entschädigungsfolgen

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.